دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلّد 36، (ملحق)، 2009

القواعد الفقهية في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي شكلاً ومضموناً

*أحمد ياسين القرالة**

ملخص

أورد القانون المدني الأردني عدداً كبيراً من القواعد الفقهية في مواضع مختلفة من أبوابه وفصوله، نص على بعض هذه القواعد كما وردت في الفقه الإسلامي وتصرف في البعض الآخر، ولم يسلم القانون بسبب هذا الفعل من النقد والاعتراض نظراً للاختلاف الواقع بين القاعدة الفقهية والقاعدة القانونية صياغةً ومضموناً وغاية، وقد سعى هذا البحث إلى دراسة هذه القواعد وتقييمها شكلا وموضوعاً.

الكلمات الدالة: الفقه الإسلامي، القواعد الفقهية، القانون المدني، القانون المدني الأردني.

المقدمــــة

الحمد رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، وبعد :

فتعتبر القواعد الفقهية من أبرز الدلائل على الطاقات الهائلة التي يختزنها الفقه الإسلامي، لأنها تمثل التطور والتقدم الهائل في الصياغة القواعدية للأحكام الشرعية، إذ استطاعت هذه القواعد بعبارتها الموجزة وألفاظها القليلة أن تستوعب جزئياتٍ كثيرةً وفروعاً متعددة مختلفة في موضوعاتها متحدة في معانيها، مما ينم عن الوحدة المنطقية والاتساق الكامل الذي يسود الفقه الإسلامي، والروح الواحدة التي تسري بين جنباته، ويدل على العبقرية الهائلة التي اتصف بها الفقهاء الأعلام الذين قاموا بإيجاد هذه القواعد وصياغتها الصياغة المحكمة، ونظراً للقيمة العلمية، والصياغة المحكمة لهذه القواعد فقد استفادت منها كثير من التشريعات المعاصرة، ابتداء من مجلة الأحكام العدلية وانتهاء بمشروع قانون المعاملات المالية الموحد الذي تبنته جامعة الدول العربية.

وكان القانون المدني الأردني– ومن قبله القانون المدني العراقي- من التشريعات القليلة والمتميزة التي استفادت من الفقه الإسلامي عموماً والقواعد الفقهية خصوصاً، فقد أورد القانون المدني الأردني أكثر من خمسين قاعدة فقهية في مواضع مختلفة فيه، وكان هذا العمل يحتاج إلى دراسة نقدية وتقويمية بعد مرور أكثر من ثلاثين عاماً على تطبيقه، خاصة وأن القانون المدني الأردني أصبح قدوة حسنة لبعض التشريعات المعاصرة خاصة المشروع الموحد للمعاملات المالية لجامعة الدول العربية.

مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في الإجابة عن الأسئلة الآتية:

هل التزم القانون المدني الأردني بالأخذ بالقواعد الفقهية كما وردت في مراجع الفقه الإسلامي؟

ما التعديلات التي أجراها القانون المدني الأردني على هذه القواعد؟ وما مبررات هذه التعديلات؟

هل كان القانون المدني موفقاً فيما أخذ به في هذا المجال؟

حدود المشكلة

ليس من هدف هذا البحث دراسة كل ما يتعلق بالقواعد الفقهية من حيث دراسة مفرداتها ومعانيها وأدلتها وتطبيقاتها وغير ذلك، لأن مثل هذا العمل فضلاً عن كونه قتل بحثاً، أمر ينوء به هذا البحث، وإنما سيقتصر هذا البحث على دراسة القواعد الفقهية التي نص عليها القانون المدني الأردني، وبيان كيفية تعامل القانون المدني معها إيجاباً أو سلباً.

فرضيات البحث

ينطلق هذا البحث من فرضية محددة وهي أن القانون المدني الأردني كان موفقاً في الأخذ ببعض القواعد الفقهية

---

* كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن. تاريخ استلام البحث 2008/3/11، وتاريخ قبوله 2008/10/13.

صياغةً وموضوعاً وموضعاً، ولكنه لم يكن موفقاً في بعضها الآخر، والبحث يسعى إلى إثبات صدق هذه الفرضية أو خطئها.

أدبيات البحث (الدراسات السابقة)

الكتابات في مجال القواعد الفقهية كثيرة ومتعددة، وقد تناولت هذه الدراسات القواعد الفقهية من مجالات مختلفة نظرية وتطبيقية، ولكن لم يكن للتأثير الذي أحدثته القواعد الفقهية في الجوانب التشريعية والقوانين الوضعية – وهو بلا شك تأثير كبير- دراسة تغطي هذا الجانب، ولعل الشروح التي تناولت مجلة الأحكام العدلية قد أشارت إلى شيء من ذلك، ولكن القوانين المعاصرة التي استفادت من هذه القواعد لم تحظ بدراسة مستقلة، ولم أعثر في حدود اطلاعي على دراسات مستقلة بهذا المجال سوى الدراسات الآتية:

1- نطاق تطبيق القاعدة الفقهية (لا ينسب إلى ساكت قول) في القانون المدني الأردني هو بحث للدكتور محمد جبر الألفي في مجلة **دراسات** للبحوث والدراسات التي تصدرها الجامعة الأردنية[1]، وهو بحث رصين تناول فيه الباحث،نطاق هذه القاعدة في القانون المدني الأردني بعد أن قام بتفسيرها والتدليل لها، والبحث كما هو عنوانه مختص بالقاعدة المذكورة فقط.

2- القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، وهي ثلاثة بحوث للدكتور محيي الدين هلال السرحان، نشرها في مجلة **الرسالة الإسلامية**، التي تصدرها وزارة الأوقاف والشؤون الدينية في العراق، حيث عرف القاعدة لغة واصطلاحاً وبين قيمتها التشريعية، والفرق بينها وبين القواعد الأصولية، وتاريخ ظهورها، ثم عرض لمجموعة من القواعد الفقهية وقام بشرحها وذكر تطبيقات فقهية لها، ولم أجد للعنوان الذي ذكره- على أهميته– من وجود في البحوث الثلاثة سوى العبارة الآتية (وقد تنبه إلى أهميتها وجليل شأنها كثير من المشرعين، حيث نقلت إلى اللغة الفرنسية في أوائل هذا القرن، معززة بأمثلة من الفقه الإسلامي وشروح عليها)، وعندما تناول قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) أشار في هامش البحث[2] إلى أن هذه المادة هي نص المادة 212 من القانون المدني العراقي.

منهج البحث

اعتمدت في هذا البحث ثلاثة مناهج هي:

أ. المنهج الإستقرائي: حيث قمت باستقراء القواعد الفقهية الواردة في القانون المدني الأردني وفي غيره من التشريعات العربية، وتتبع هذه القواعد من كتب القواعد الفقهية أو المجالات التي وردت فيها.

ب. المنهج التحليلي: حيث قمت بتحليل هذه القواعد الفقهية وبيان كيفية استفادة القانون المدني الأردني منها.

ج. المنهج المقارن حيث قمت بمقارنة المنهج الذي سار عليه القانون المدني في النص على هذه القواعد، بالمنهج الذي سار عليه الفقه الإسلامي، خاصة مجلة الأحكام العدلية، وأحياناً التشريعات العربية التي أخذت بتلك القاعدة.

خطة البحث

التمهيد

المبحث الأول: القواعد الفقهية في القانون المدني من حيث الشكل، وفيه أربعة مطالب هي:

المطلب الأول: التغيير والتعديل في صياغة بعض القواعد الفقهية.

المطلب الثاني: الزيادة على بعض القواعد الفقهية.

المطلب الثالث: الدمج بين القواعد.

المطلب الرابع: إيراد بعض القواعد العامة والمطلقة التي لا تنسجم مع الصياغة القانونية.

المبحث الثاني: القواعد الفقهية في القانون المدني من حيث الموضوع، وفيه ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: القواعد التي لا علاقة لها بالموضوع الذي وردت فيه.

المطلب الثاني: عدم مراعاة الترتيب في ذكر القواعد.

المطلب الثالث: التكرار اللفظي أو المعنوي في بعض القواعد الفقهية.

والحمد رب العالمين

تمهيد

أورد القانون المدني الأردني مجموعة من القواعد الفقهية في مواضع مختلفة منه، مقتفياً بذلك خُطى القانون المدني العراقي، والذي كان في فعله هذا متأثراً بمجلة الأحكام العدلية.

وقد تجاوز عدد القواعد الفقهية التي أوردها القانون المدني الأردني الخمسين قاعدة، ولم يكن القانون المدني مجرد ناقل للقواعد، بل تصرف في بعضها شكلاً ومضموناً، لذلك كان لابد من دراسة هذه القواعد، ومقارنتها بالقواعد الفقهية الواردة في المصادر الفقهية، خاصة مجلة الأحكام

العدلية باعتبارها مصدراً تاريخياً للقانون المدني الأردني عموماً والقواعد الفقهية خصوصاً، وفي المبحثين التاليين سنتناول هذه القواعد بدراسة نقدية من حيث الشكل والمضمون.

المبحث الأول

القواعد الفقهية في القانون المدني من حيث الشكل

لم تكن القواعد الفقهية التي نص عليها القانون المدني الأردني على حالها من حيث شكلها وصياغتها، فقد أورد هذا القانون بعض هذه القواعد كما هي في المصادر الفقهية، وتصرف ببعضها الآخر تصرفات مختلفة، وسنتناول في المطالب الآتية هذا التصرف الشكلي في هذه القواعد.

المطلب الأول

التغيير والتعديل في صيغ بعض القواعد الفقهية

تصرف المشرع الأردني في بعض القواعد بالتغيير في بعض عباراتها بما يخدم مقاصده ويحقق غاياته، وكان هذا التصرف مقبولاً ومبرراً في مواضع عديدة، وكان في أحيان أخرى في غير موضعه، كما أنه ترك التصرف أحياناً في المواضع التي تقتضي التصرف والتغيير.

ومن القواعد الفقهية التي تصرف القانون المدني فيها بالتغيير القواعد الآتية:

1) **المادة** 4 من القانون المدني الأردني والتي تنص على ما يأتي: ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على ما ينافيه.

هذه القاعدة إحدى قواعد الاستصحاب، وهو: اعتقاد كون الشيء في الماضي أو الحاضر يوجب ظن ثبوته في الحال أو الاستقبال[3]. وهو نوعان[4]:

استصحاب الماضي بالحال: هو الحكم على شيء ببقائه على الحال الذي كان عليه في الزمن السابق ما لم يقم دليل على خلافه ويقال له استصحاب (الماضي بالحال).

استصحاب الحال بالماضي: هو اعتبار حالة الشيء في الزمن الحاضر أنها حالة ذلك الشيء في الماضي ما لم يثبت خلاف ذلك بدليل.

ومعنى القاعدة: أن ما قام الدليل على ثبوته في الزمن الماضي يبقى محكوماً عليه بذلك، إلى أن يرد دليل بخلافه[5].

وهذه المادة هي بذاتها نص(المادة 10) من المجلة: **ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل**. إلا أنها استبدلت عبارة ما ينافيه بكلمة المزيل، والقاعدة بنصها الأصلي أفضل من التعديل الذي أجراه القانون، لأنها هي التي تحقق المقصد الذي ذهب إليه المشرع من إيراده للقاعدة، وهو أن القاعدة القانونية تبقى سارية ومعتمدة مالم يدل دليل على نسخها وإبطالها، بدليل أن القانون أورد تلك المادة في الباب التمهيدي تحت عنوان (التطبيق الزماني للقانون)[6]، والنسخ هو المتعلق بالزمان[7]، لذلك كان التعبير بلفظ الإزالة أحكم، لأن الإزالة تستلزم الرفع والنسخ، بخلاف التنافي فهو لا يستلزم ذلك، إذ قد يرفع التنافي بالتخصيص أو التقييد أو غيره من وسائل الترجيح بين المتنافيات[8].

2) **المادة** 95- 1- لا ينسب الى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولاً[9]. 2- ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه اليه.

القاعدة الفقهية هي الفقرة الأولى من هذه المادة باستثناء العبارة الأخيرة الواردة فيها وهي (ويعتبر قبولاً)، وهذه العبارة لاداعي لها، إذ كان بالإمكان الاقتصار على القاعدة الفقهية دون إضافة، لما يأتي:

- لأن المادة فسرت البيان بالقبول، وكان من الممكن الاستغناء عن هذا التفسير والابتعاد عن الإطالة، وحذف كلمة (بيان).
- لأنها بهذا الفعل قصرت السكوت على القبول، مع أن نطاقه أوسع من ذلك حتى في القانون المدني نفسه، ولو اكتفى بالقاعدة الأصلية لما احتاج للنص على كثير منها، ومن ذلك:

أ. أن القانون اعتبر السكوت تغريراً، وهو بلا شك ليس قبولاً، كما نصت على ذلك المادة 144-:يعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة تغريراً، إذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة، أو هذه الملابسة.

ب. اعتبر سكوت المشتري عن إجازة البيع بعد انتهاء مدة التجربة إجازة للبيع، والإجازة غير القبول فقد نصت الماد (471) على ما يأتي:

1. يجوز للمشتري في مدة التجربة إجازة البيع أو رفضه ولو لم يجرب المبيع ويشترط في حالة الرفض إعلام البائع.

2. إذا انقضت مدة التجربة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً ولزم البيع.

ج. اعتبر القانون السكوت إجازة للعقد كما نصت على ذلك المادة 173-:

1- تكون الإجازة بالفعل أو بالقول أو بأي لفظ يدل عليها صراحة أو دلالة.

2- ويعتبر السكوت إجازة إن دل على الرضا عرفاً.

هذا وتمثل هذه القاعدة الفقهية المثال الحي للصياغة المرنة لنصوص القانون، (ذلك أن معرض الحاجة إلى البيان يغطي مساحة واسعة من التقديرات والاحتمالات، يكون فيها القاضي سيد الميدان وله المجال الواسع للتقدير فيما إذا كان السكوت في معرض الحاجة إلى البيان أو ليس كذلك).[10]

لذلك كان الاقتصار على القاعدة دون تعديل هو الأفضل (لأن تعبير الفقهاء المسلمين أشمل من التعبير الذي جاء في القانونين العراقي والأردني، لأنه لا يخصص تطبيق الاستثناء على العقود فقط، بل هو يتوسع ليشمل حالات لا حصر لها، تشمل العقود وغير العققود)[11] وكان من الأولى (إيراد الأصل والاستثناء في الباب التمهيدي من القانون مع التعسف في استعمال الحق، وذلك لينطبق حكمها على كل أبواب القانون)[12]، وهو ما أخذ به مشروع قانون المعاملات المالية العربي في المادة (9) حيث أفردها في الباب التمهيدي[13].

3) **المادة** 75- 1- الأصل بقاء ما كان على ما كان، كما أن الأصل في الأمور العارضة العدم.

الفقرة الثاني من هذه المادة هي قاعدة فقهية يعبر عنها الفقهاء بعدة تعبيرات، ومن ذلك (الأصل في الصفات العارضة العدم)[14]، وأوردها السيوطي[15] وابن نجيم[16] على النحو الآتي: (**الأصل العدم).**

ولا شك أن التعبير بلفظ الأمور أفضل من التعبير بلفظ الصفات، لأن الأمور أعم من الصفات[17]، إذ أنها تشمل الصفات وغيرها من الوقائع والأحداث، وعليه فكل صفة هي أمر، وليس كل أمر صفةً، لذلك كان التعبير بلفظ الأمور أشمل.

ومثال ذلك إذا ادعى شخص أنه عقد عقداً مع غيره من بيع أو شركة أو غيرها، فإن هذه الدعوى لا تقبل إلا بدليل، لأن العدم في العقود أصلٌ، ووجودها أمر طاريء، والعقد يندرج تحت الأمور وليس الصفات.

أما لو اختلف العاقدان في صحة العقد وفساده، فالقول لمدعي الصحة، لأن الأصل في العقود الصحة، وهذه صفة.

وكذلك فإن تقييد الأمور بالعارضة أفضل من الإطلاق الذي أورده السيوطي وابن نجيم، لأن العدم يكون أصلاً في الأمور العارضة والطارئة، أما الأمور والصفات الأصلية فالأصل فيها الوجود[18]، ويقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف ذلك في الحالتين[19].

4) **المادة** 220- 1- العادة محكمة عامةً كانت أو خاصةً.

أضافت هذه المادة إلى القاعدة الفقهية (**العادة محكمة)**[20] قولها (عامةً كانت أو خاصةً)، وهذه اضافة جيدة ومقبولة تسهل على القاضي فهم المقصود من المادة دون عناء، خاصةً وأن العادة نوعان عامةٌ وخاصةٌ كعادة أهل حرفة من الحرف، فوضحت المادة أن الاحتجاج بالعادة يكون بنوعيها العام والخاص.

5) **المادة** (79) الكتابة والشهادة والقرائن القاطعة والمعاينة والخبرة حجة متعدية **والإقرار حجة قاصرة على المقر.**

هذه المادة عبارة عن قاعدة فقهية هي **(البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة)**[21]، لكنها عدلت في صياغتها حيث استبدلت الكتابة والشهادة والقرائن القاطعة والمعاينة والخبرة بلفظ البينة، وكان الأولى الاقتصار على نص القاعدة دون تقييد، لأن البينة وإن كانت في عرف جمهور الفقهاء تنصرف إلى الشهادة فقط[22]، إلا أنها اسم جامع لكل ما يبين الحق ويظهره من كتابة أو قرينة أو خبرة أو غيرها[23].

6) **المادة** 85- لا حجة مع التناقض، ولكن لا أثر له في حكم المحكمة إذا ما ثبت بعده، ولصاحب المصلحة حق الرجوع على الشاهد بالضمان.

الجزء الأول من هذه المادة قاعدة فقهية، وهي **المادة** 80 من المجلة والتي تنص على ما يأتي: (**لا حجة مع التناقض لكن لا يختل معه حكم الحاكم)** أجرى عليها القانون تعديلاً طفيفاً، حيث استبدل بعبارة (ولكن لا أثر له في حكم المحكمة) عبارة (لكن لا يختل معه حكم المحكمة)، والعبارتان بمعنى واحد، وإن كان التعبير بلفظ المحكمة أفضل، لأنه وإن كان تعبيراً مجازياً إلا أنه هو المعهود والمعروف.

المطلب الثاني

الزيادة على بعض القواعد الفقهية

أورد القانون المدني الأردني العديد من القواعد الفقهية التي لم تكن مستقلة بذاتها، وإنما جاءت على سبيل تابعيتها لغيرها أو متبوعيتها بغيرها، ومن ذلك:

1) المادة 61- **الجواز الشرعي ينافي الضمان**[24]، فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر[25].

والجواز الشرعي: هو كون الأمر مباحاً فعلاً كان أو تركاً[26].

ينافي الضمان: أي يمتنع معه الحكم بالضمان لما حصل بذلك الأمر الجائز من ضرر، ولكن بشرطين:

- أن لا يكون ذلك الأمر الجائز مقيداً بشرط السلامة.
- وأن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه.

والجواز الشرعي ينافي الضمان، لأن الضمان يستدعي

ويستلزم سبق التعدي، والجواز الشرعي يأبى وجوده فتنافيا[27].

فالجزء الأول من المادة السابقة(**الجواز الشرعي ينافي الضمان**)[28] هو القاعدة الفقهية، وما بعدها مأخوذ من نص المادة (4) من القانون المدني المصري، جاء تفسيراً لها لا مبرر له في الصياغة القانونية، إذ كان بالإمكان الاستغناء عن الفقرة الثانية والاكتفاء بالقاعدة الفقهية، وتبقى الدلالة على المعنى كاملة.

والمادة السابقة مأخوذة كما هي من المادة (6) من القانون المدني العراقي.

2) **المادة** 73- **الأصل براءة الذمة،** وعلى الدائن أن يثبت حقه وللمدين نفيه[29].

الذمة: هي محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه[30].

فالجزء الأول من هذه المادة (الأصل براءة الذمة)[31] هو القاعدة الفقهية، وما بعدها توضيح لها، وكان بالإمكان الاستغناء عن الفقرة الثانية دون أن يختل المعنى، وهو ما فعله قانون المعاملات المدنية الإماراتي حيث اكتفى بالنص على القاعدة الفقهية دون زيادة.

3) **المادة** 230- **الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود.**

الجزء الأول من المادة هي القاعدة الفقهية (**الساقط لا يعود**)[32]، أما الجزء الثاني منها فليس من القاعدة وإنما هو تمثيل وتشبيه للساقط لا داعي له، لأنه لا يضيف معنى جديداً، وقد نصت المادة (53) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد على هذه القاعدة دون تلك الزيادة.

4) **المادة** 289- جناية العجماء جبار، ولكن فعلها الضار مضمون على ذي اليد عليها مالكاً كان أو غير مالك إذا قصر أو تعدى[33].

الجزء الأول من هذه المادة قاعدة فقهية وهي **(جناية العجماء جبار)**[34]، وما بعدها استدراك للعموم الوارد في القاعدة، وهو استدراك حسن، لأن القاعدة ليست على عمومها، وإنما هي مخصصة[35] بما ذكرته المادة[36].

الجناية: هو كل فعل محظور يتضمن ضرراً على النفس أو غيرها[37].

العجماء: بفتح العين وسكون الجيم تأنيث أعجم، وهي البهيمة، ويقال لكل حيوان غير الإنسان[38]، ويقال أيضاً لمن لا يفصح، والمراد هنا هو الأول[39].

جبار: بضم الجيم، هو الهدر[40] الذي لا شيء فيه.

أي أن ما يفعله الحيوان بنفسه من إضرار بنفس أو بمال هدر وباطل لا حكم له، إذا لم يكن منبعثاً عن فعل فاعل مختار كالسائق أو القائد أوالراكب أو الضارب أو ناخس أو فاعل للإخافة[41].

والعلة في ذلك أن الضمان يقتضي وجود الذمة، والحيوان لا ذمة له[42].

ودليل القاعدة قوله صلى ا عليه وسلم (العجماء جرحها جبار)[43].

والقاعدة بهذه الألفاظ فيها غرابة، لذلك تجنب القانون المدني اليمني النص على هذه القاعدة، متأثراً بذلك بالقانون المدني المصري وأورد مضمون االقاعدة بالمادة (315) والتي تنص على ما يأتي:

حائز الحيوان ولو لم يكن مالكاً له مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر بسبب تقصيره ولو ضل منه الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت أن الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه.

5) **المادة** (2) التي تنص على ما يأتي:

1- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها، **ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص.**

الجزء الأخير من هذه المادة قاعدة فقهية[44]، وهي تعني أنه لا يجوز الاجتهاد مع وجود النص، لأن جواز الاجتهاد مشروط بعدم وجود النص، ولأن الحكم ثابت بالنص فلا حاجة لبذل الوسع في تحصيله[45]، و هذه القاعدة ليست على إطلاقها، لأن الاجتهاد أول ما يكون في النص فهماً واستنباطاً، لذلك كان من الأفضل تقييد القاعدة بالنص القطعي، وهو ما نصت عليه المادة (1) من قانون المعاملات المالية الإماراتي والتي تنص على ما يأتي:

تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها، **ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة.**

المطلب الثالث
الدمج بين بعض القواعد الفقهية

دمج المشرع الأردني بين عدد من القواعد التي هي في الأصل عبارة عن قواعد مستقلة، وهو في حالات كثيرة إجراء حسن، لأن العلاقة بين القواعد خاصة المتفقة في الموضوع علاقة عضوية، لأن بعضها يعتبر شرطاً أو قيداً أو علة للبعض الآخر، ومن ذلك:

1) **المادة 62- لا ضرر ولا ضرار، والضرر يزال.**

هذه المادة في الأصل عبارة عن قاعدتين هما: قاعدة (**لا ضرر ولا ضـرار**)[46] وقاعـدة (**الضرر يـزال**)[47].

القاعدة الأولى هي القاعدة التي وضعها الفقهاء للنهي عن إيقاع الضرر ابتداء كإجراء وقائي، وهي بنصها حديث نبوي شريف[48]، وقد اختلف العلماء في الفرق بين الضرر والضرار على أربعة أقوال هي[49]:

1 - أنهما بمعنى واحد، على وجه التأكيد، والمشهور أن بينهما فرقاً، لأن[50] حمل اللفظ على التأسيس أولى من التأكيد[51].

2 – إن الضرر: هو الإسم، والضرار: الفعل، فالمعنى: (أن الضرر نفسه، منتف في الشرع، وإدخال الضرر بغير حق، كذلك).

3 – الضرر: أن يدخل على غيره ضرراً، بما ينتفع هو به، والضرار: أن يدخل على غيره ضرراً، بما لا ينتفع هو به، كمن منع ما لا يضره، ويتضرر به الممنوع.

ورجح هذا القول، طائفة منهم، ابن عبد البر، وابن الصلاح.

4 – وقيل: الضرر: أن يضر بمن لا يضره، والضرار أن يضر بمن قد أضر به، على وجه غير جائز.

والضرر والضرار المنفيان هما ما كانا بغير حق، أما ما كان بحق:

إما لكونه تعدى حدود ا ، فيعاقب بقدر جريمته، أو كونه ظلم غيره، فيطلب المظلوم، مقابلته بالعدل، فهذا غير مراد قطعا.

وإنما المراد، إلحاق الضرر بغير حق، وهذا على نوعين: أحدهما: أن لا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير، فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه...والنوع الثاني: أن يكون له غرض آخر صحيح)[52]

والعموم في هذه القاعدة مخصوص، فليس كل ضرر منفياً، وإنما الضرر المنهي عن إيقاعه هو الضرر الفاحش , الضرر الذي ينشأ من فعل المرء أمراً غير مشروع[53].

وقد سيق النهي بأسلوب نفي الجنس ليكون أبلغ في النهي والزجر[54].

وقد تفرعت عن القاعدة السابقة[55] قاعدة (الضرر يزال)[56]، وهي القاعدة المسوقة لبيان وجوب إزالة الضرر إذا وقع، كإجراء علاجي[57]، المقصود بالضرر هنا: هو كل أذى يصيب الشخص فيسبب له خسارة مالية في أمواله[58].

ومعنى يزال: أي يجب رفعه وإعدامه، لأنه ظلم والظلم يجب رفعه[59]، وإنما قلنا يجب رفعه، لأن الأخبار في كلام الفقهاء للوجوب[60]، وقد نص على هذا الوجوب القانون المدني اليمني رقم(14) لعام 2002 في المادة (4) والتي جاء فيها: **الضرر يجب ان يزال ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح عند التعارض.**

وعلى هذه القاعدة تدور أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق، كما أنها تعتبر توثيقاً لمبدأ المصلحة في الشرع[61].

والنهي عن الضرار في القاعدة ينفي فكرة الثأر المحض الذي يزيد في الضرر ويوسع من دائرته، والذي لا يجوز أن يكون هدفاً مقصوداً، وإنما يلجأ إليه اضطراراً عندما يتعين لذلك، وبالتالي فإن من أتلف مال غيره لا يجوز أن يقابل باتلاف ماله، لأن ذلك توسيع للضرر بلا منفعة، والأفضل منه تضمين المتاف ما أتلف، لأنه سيان بالنسبة إليه إتلاف ماله وإعطاؤه للمضرور لترميم الضرر[62]، وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة (921) التي تنص على ما يأتي:

ليس للمظلوم أن يظلم آخر بسبب كونه قد ظلم، فمثلاً لو أتلف أحد مال آخر فقابله بإتلاف ماله يكون الاثنان ضامنين.

وهو ما نصت عليه المادة 260 من القانون المدني الأردني: ليس لمن أتلف ماله شخص أن يتلف مال ذلك الشخص وإلا ضمن كلٌ منهما ما أتلفه.

ويرى الأستاذ مصطفى الزرقا أن هذه المادة يمكن الاستغناء عنها لأنها (صورة تطبيقية محض للقاعدة الفقهية الكلية "لا ضرر ولا ضرار")[63]، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن حكم هذه المادة يعرف بسهولة من المباديء العامة في الفقه والقانون، إذ من المقرر فيهما أن جزاء الإتلاف ضمان وليس إتلافاً مقابلاً يزيد في الخسارة ولا يتلافى)[64].

أما القانون المدني العراقي فقد جمع بين هذه القاعدة والقاعدة التي تليها وأعقبها بمثال وهو الجزء الأول من نص المادة921 الواردة في المجلة، فقد نصت المادة منه على ما يأتي:

لا ضرر ولا ضرار، والضرر يزال، وليس للمظلوم أن يظلم بما ظلم.

2) **المادة 65- يدفع الضرر العام بالضرر الخاص، والأشد بالأخف.**

هذه المادة عبارة عن قاعدتين هما: (يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام)[65] و(الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف)[66]، مع اختلاف في الصياغة.

القاعدة الأولى تعني أن الضرر الخاص لا يكون مثل الضرر العام، بل دونه، فيدفع الضرر العام به.

أما القاعدة الثانية فتعني أن الضرر تجوز إزالته بضرر يكون أخف منه ولا يجوز أن يزال بمثله أو بأشد منه[67].

والفرق بين هذه القاعدة وبين القاعدة السابقة أن هذه

متعلقة بالضرر من حيث ذاته شدة وخفة، وتلك من حيث مداه عموماً وخصوصاً.

ولا شك أن دمج هاتين المادتين والتصرف في صياغتهما أمر حسن، وبالتالي فإن الاقتصار على المادة 65 أفضل من الاعتماد على المادتين السابقتين، وذلك لما يأتي:

أ. إن هذه المادة أكثر اختصاراً من المادتين السابقتين.

ب. لأن المعتبر في الجوانب القانونية هو دفع الضرر، وليس تحمله، وبالتالي فالتعبير بالدفع أفضل وأقوى من التعبير بالتحمل، وإذا كان الإخبار في مقام التشريع طلباً وإنشاء، فالمعنى هنا يجب دفع الضرر.

على أنه يمكن الاقتصار على الجزء الثاني من المادة وهو (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف)، أو قاعدة (يختار أهون الشرين)[68]، كما نص عليها القانون المدني العراقي في المادة (213)، لما يأتي:

- لأن المادتين متحدتان من حيث المعنى[69].
- لأنه لا شك في أن الضرر العام أشد من الضرر الخاص.

3) **المادة** 75- 1- الأصل بقاء ما كان على ما كان، كما أن الأصل في الأمور العارضة العدم. 2-وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه.

هذه المادة في الأصل عبارة عن ثلاث قواعد فقهية متعلقة بالاستصحاب، وقد وضع الفقهاء قاعدة كلية متعلقة بالاستصحاب وهي (**اليقين لا يزول بالشك**)[70]، وقد نص عليها القانون المدني الأردني في المادة (74) [71].

وليس المراد باليقين في هذه القاعدة وعند الفقهاء، معناه عند المناطقة وهو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع، بل هو ما ثبت بالدليل، قطعياً كان أم ظنياً.

فاليقين في هذه القاعدة يشمل القطع والظن.

الشك: التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر[72].

وهو عند الفقهاء (التردد بين وجود الشيء وعدمه، سواء كان الطرفان في التردد سواء أو أحدهما راجحاً)[73].

ودليلها قوله صلى ا عليه وسلم: "إذا وجد أحدكم في بطنه شيئا فأشكل عليه، أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا[74]".

فما ثبت بدليل يعتبر يقيناً قطعياً كان أو ظنياً، وبالتالي فلا يزول هذا اليقين إلا بيقين مثله[75]، إي بدليل ثابت.

وعن هذه القاعدة تتفرع القواعد الآتية[76]:

- الأصل بقاء ما كان على ما كان[77].
- الأصل في الصفات العارضة العدم[78].
- ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه[79].

ويلاحظ عليها ما يأتي:

لا داعي لإيراد القاعدة الثالثة، لأنها بمعنى القاعدة الأولى[80]، ولأنها هي بعينها نص المادة الرابعة من القانون المدني الأردني، والتي تنص على ما يأتي: ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على ما ينافيه.

وعليه فإنه كان بالإمكان الاكتفاء بقاعدة (**الأصل في الأمور العارضة العدم**)[81]،

4) **المادة**[82] 214- 1- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

2- والأصل في الكلام الحقيقة، فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي.

الفقرة الأولى من هذه المادة هي بذاتها نص القاعدة الفقهية الواردة في المادة (3) من المجلة.

والفقرة الثانية منها هي عبارة عن قاعدتين هما:

- (**الأصل في الكلام الحقيقة**)[83].

الحقيقة هي اللفظ المستعمل فيما وضع له[84].

وهي القاعدة الأولى التي يتم عن طريقها إعمال الكلام، وهي تعني أنه كلما أمكن حمل الكلام على معناه الحقيقي فلا يجوز حمله على المجاز[85]، لأنه المعنى الذي وضع له اللفظ، ولأنه لا يحتاج إلى قرينة، وعليه فلا يجوز صرف الكلام عن الحقيقة إذا كانت الحقيقة ممكنة.

- (**إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز**)[86]

المجاز هو استعمال اللفظ في غير ما وضع له لقرينة[87].

ومعنى القاعدة أنه إذا كان حمل اللفظ على معناه الحقيقي غير ممكن، إما لتعذره أو تعسره أو هجره، فلا يجوز إهماله إذا كان حمله على المجاز ممكناً[88]، لأن في الحمل على المجاز إعمالاً للكلام.

ونص المادة القانونية فيه إطالة، لأنه إذا كان الأصل في الكلام الحقيقية، فلا يجوز العمل بالمجاز بداهة[89]، وبالتالي فلا داعي للقول (فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز).

كما أن المفهوم المخالف لنص المادة (فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي) هو أنه إذا تعذر حمل اللفظ على معناه الحقيقي يجوز حمله على المجاز.

وهذا المفهوم المخالف غير سديد[90]، لأن الحمل على المجاز عند تعذر الحقيقة واجب وليس جائزاً، (لأن المجاز عندئذٍ يتعين طريقاً لإعمال الكلام، واجتناب إهماله)[91]، وهو ما أوجبته المادة (216) والتي تنص على ما يأتي: **إعمال**

الكلام أولى من إهماله لكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل.

لذلك كان يجب أن تكون صياغة المادة على النحو الآتي:

والأصل في الكلام الحقيقية، فإذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز.

بل إنه يمكن الاقتصار على الجزء الثاني من القاعدة وهو (**إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز**)، وبالمفهوم المخالف يثبت الحكم، وهو أن الحقيقة إذا كانت ممكنة فلا يصار إلى المجاز، والعلة في إيراد المجلة للقاعدتين، هو أن الحنفية[92] لا يأخذون بمفهوم المخالفة خلافاً لجمهور المذاهب الإسلامية[93]، وبالتالي فلا داعي لتقليد المجلة في هذه الصناعة.

5) **المادة** 220-1- العادة محكمة عامةً كانت أو خاصةً.

2- وتعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت، والعبرة للغالب الشائع لا للنادر.

3- تترك الحقيقة بدلالة العادة.

اشتملت هذه المادة على أربع قواعد فقهية هي:

- العادة محكمة[94].
- إنما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت[95].
- العبرة للغالب الشائع لا للنادر[96].
- تترك الحقيقة بدلالة العادة[97].

وهذه القواعد متعلقة بالعرف، والعرف: هو عادة جمهور قوم في قول أو فعل[98].

وهو نوع من العادة، ولكنه أخص منها، والفقهاء غالباً ما يستعملون العرف والعادة بمعنى واحد، وأحياناً يقرنون بينهما، وهو ما فعله القانون المدني الأردني[99]، والقانون المدني المصري[100]، وإن كان بعضهم يقصر العرف على العرف القولي، والعادة على العرف العملي.

القاعدة الأولى هي القاعدة الأساسية، أما القاعدة الثانية والثالثة فهي من شروط اعتبار العرف[101], وشروط العرف ليس مكانها (نصوص القانون، بل شروح الفقهاء، وقد تنبه إلى ذلك واضعوا المشروع الموحد، حيث نص في الفقرة الثانية من المادة (88) على أنه: إذا لم يوجد نص قانوني تطبق أحكام الفقه الإسلامي الأكثر ملاءمة للقانون دون التقيد بمذهب فقهي معين، فإن لم توجد تطبق مبادىء الشريعة ومقاصدها، مع مراعاة العرف حيث يوجد بالشرائط المقررة فقهاً)[102]، لذلك لم ينص هذا المشروع على هاتين القاعدتين.

أما القاعدة الرابعة فهي قاعدة متعلقة بتفسير اللفظ وليست من شروط العرف، وبالتالي فلا حاجة لإدراجها ضمن شروط العرف، هذا فضلاً عن كونها داخلة في عموم العادة محكمة، لأن العادة تشمل العرف القولي والعملي.

5) **المادة** 216- إعمال الكلام أولى من إهماله، لكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل[103].

الفقرة الأولى من هذه المادة تعني أنه إذا احتملت العبارة أو اللفظ أكثر من معنى، فإنه يتعين ويجب حملها[104]على المعنى الذي تنتج معه آثاراً قانونية، ومن ثم فإنه يتعين استبعاد المعنى الذي يجردها من كل أثر، أو الذي يرتب عليها آثاراً مخالفة للنظام العام[105].

أما الفقرة الثانية فتعني أنه إذا تعذر حمل الكلام على معنى حقيقي، أو معنى مجازي فإنه يهمل.[106]

هذه المادة عبارة عن قاعدتين هما (**إعمال الكلام أولى من إهماله)**[107]، و(**إذا تعذر إعمال الكلام فإنه يهمل)**[108].

وهذا الجمع أمر حسن وهو أفضل من الفصل بينهما، لأن القاعدة الثانية متممة للأولى، وهي بمثابة قيد عليها، لأن إعمال الكلام يكون واجباً ما دام ممكناً، فإذا تعذر لسبب ما فإنه يهمل، ولولا هذه القاعدة لكان إعمال الكلام كله واجباً، وهذا غير مقصود شرعاً ولا ممكن واقعاً.

لذلك وجدنا الخادمي صاحب مجامع الحقائق وهو من المصادر التي اعتمدت عليها المجلة في تقرير القواعد أورد القاعدة على النحو الآتي: (إعمال الكلام أولى من إهماله إلا أن لا يمكن)[109].

المطلب الرابع

إيراد بعض القواعد العامة والمطلقة التي لا تنسجم مع الصياغة القانونية

أورد القانون المدني العديد من القواعد الفقهية العامة والمطلقة التي تفتقر لبيان الشروط والضوابط والقيود كما فعلت مجلة الأحكام العدلية، وهذا الأسلوب وإن كان ملائماً ومناسباً للأسلوب التقعيدي للأحكام، لأن التقعيد يقوم على الإيجاز والاختصار والابتعاد عن التفصيل وذكر الشروط وإيراد القيود، إذ أنه كلما كانت القاعدة(أوجز في العبارة وأبلغ في الدلالة وجد الفقيه يسراً في استيعابها وحفظها)[110]، فإنه غير مقبول ولا مستحسن في الصناعة القانونية، لأن الصياغة القانونية تقوم على الضبط والتحديد وإيراد القيود والشروط، للإحاطة بكل جوانب المعنى المراد التعبير عنه، ولتجنب الغموض الذي قد يعتري النص[111]، وذلك حتى ينضبط القضاة وتستقيم العدالة، ومن غير المقبول الاقتداء بمجلة الأحكام العدلية في هذا الأمر، لأن القواعد الفقهية الواردة في القانون المدني الأردني أضحت تشريعاً عاماً وقواعد قانونيةً ملزمةً للقضاة يجب عليهم العمل بها، والحكم بمضمونها، بخلاف القواعد الفقهية الواردة في مجلة الأحكام

العدلية التي لا يجوز القضاء بمجرد الاعتماد عليها، وهو ما ذكره التقرير الذي صدرت به هذه المجلة حيث جاء فيه (فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد إلا أن لها فائدة كلية في ضبط المسائل)[112].

ولا يبعد هذا القول عما ذهب إليه معظم من تناول القواعد الفقهية بالدراسة الذين قالوا بعدم جواز الاعتماد على هذه القواعد في بناء الأحكام واستنباطها، أي أنها لا تصلح دليلاً لذلك[113].

ومن هذه القواعد ما يأتي:

1) المادة (237) من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه[114].

ومعناها أن من تعجل الشيء الذي وضع له الشارع سبباً عاماً مطرداً وسعى للحصول عليه قبل وقته أي قبل أوان حلول سببه، ولم ينتظر حلول ذلك السبب الموضوع، بل عدل عنه وقصد تحصيل ذلك الشيء بغير ذلك السبب قبل ذلك الأوان عوقب بحرمانه لأنه افتأت وتجاوز، فيكون بهذا الاستعجال قد أقدم على تحصيله بسبب محظور فيعاقب بنقيض مقصوده ويحرم من ثمرة عمله التي قصد استعجالها[115].

وقد أورد السيوطي لهذه القاعدة ثلاثة[116] تطبيقات بعضها متكلف فيه[117]، وذكر لها ثلاثة عشر مستثنى، وذكر لها ابن نجيم ثلاثة تطبيقات اعترض على واحد منها وقال (ولم يظهر لي كونها من فروعها و إنما هي من فروع ضدها)[118]، وذكر لها ثمانية مستثنيات، فهل يمكن اعتبارها قاعدة مع كثرة هذه المستثنيات، وإدراجها كقاعدة قانونية.

ونظراً لكثرة مستثنيات هذه القاعدة اقترح قاضي القضاة البلقيني أن تكون القاعدة على النحو الآتي:

(من استعجل شيئا قبل أوانه ولم تكن المصلحة في ثبوته عوقب بحرمانه)[119].

2) **المادة** 258- إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر[120].

المباشر: هو الذي يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلاف فعل مختار[121]. المتسبب: هو الذي حصل التلاف بفعله وتخلل بين فعله، والتلاف فعل مختار[122].

ومعنى القاعدة أنه إذا اجتمع على إحداث الضرر مباشر له ومتسبب فيه، فإن المسؤولية عن الضمان تقع على عاتق المباشر دون المتسبب، والعلة في ذلك أن الفاعل هو العلة المؤثرة، لأنه لم يتخلل بين فعله والضرر فعل فاعل مختار، خلافاً للمتسبب الذي تخلل بين فعله والضرر فعل فاعل مختار، فكان مقدماً في الحكم كالعلة وعلة العلة، فالحكم يضاف إلى العلة لا إلى علة العلة.[123]

وقد انتقد الأستاذ الزرقا الإطلاق في هذه المادة حيث يقول إن هذه القاعدة: (تجعل الضمان على المباشر مطلقاً في جميع الأحوال دون المتسبب، متابعة في ذلك نص القاعدة الكلية "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر، لكن المتأمل في إطلاق هذه القاعدة المتمشية بهذا الإطلاق مع المذهب الحنفي، والمتتبع لآراء المذاهب الأخرى في فروع الأحكام التي يجتمع فيها متسبب ومباشر يرى قيوداً كما يرى استثناءات في المذهب الحنفي نفسه توجب التفكير الملي في سلامة هذا التعميم، ومدى قبوله على إطلاقه بالنظر إلى نصوص الشريعة الأصلية ومقاصدها في العدل والإنصاف، وميزان الأوليات عند تداخل الأسباب المؤدية إلى الضرر بالنظر الفقهي الدقيق).[124]

ويذكر الأستاذ الزرقا ستا[125] من الحالات يكون المتسبب فيها أولى من المباشر بتحمل المسؤولية، لذلك فهو يقترح تعديل المادتين (259،258) بالنص الآتي[126]:

1- إذا اجتمعت مباشرة الضرر مع التسبب فيه فالمسؤول هو المباشر، ما لم يكن المتسبب أولى بالمسؤولية منه.

2- ومما يكون المتسبب أولى بالمسؤولية فيها الحالات التالية:

أ. إذا كانت المباشرة مبنية على التسبب[127].

ب. إذا توافر سوء القصد في المتسبب دون المباشر[128].

ج. إذا كان التسبب من قبيل التغرير بالمباشر، وكان هذا معذوراً في اغتراره[129].

د. إذا لابس التسبب ما يقتضي تشديد مسؤولية المتسبب[130].

ه. أو لابس المباشرة ما يقتضي تخفيف مسؤولية المباشر[131].

و. إذا تعذر تضمين المباشر[132].

ز. إذا كان التسبب بطريق الإكراه للمباشر.

3) المادة (230) الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود[133].

أي أن ما يقبل السقوط من الحقوق إذا سقط منه شيء بسبب من الأسباب، فإن الحق الذي سقط لا يعود بعد سقوطه.

وهذه القاعدة ليست على إطلاقها، إذ ليست كل الحقوق قابلة للإسقاط، وقد وضع الشيخ أحمد الزرقا ضابطاً لما يقبل السقوط من الحقوق بقوله: (إن كل ما كان حقاً صاحبه عاملٌ فيه لنفسه وكان قائماً حين الإسقاط خالصاً للمسقط أو غالباً،

ولم يترتب على إسقاطه تغيير وضع شرعي، وليس متعلقاً بتملك عين على وجه متأكد يسقط بالإسقاط وما لا فلا)[134].

فالحق الذي يقبل الإسقاط هو الحق الذي توفرت فيه الشروط الآتية[135]:

1. إن يكون صاحبه عاملاً فيه لنفسه، فإن كان عاملاً فيه لغيره فلا يصح إسقاطه كالوكيل فيما وكل فيه.
2. إن يكون قائماً حين الإسقاط، كالإبراء من الدين، فإذا لم يكن قائماً فلا يصح إسقاطه، كإسقاط حق الشفعة قبل ثبوتها، وإسقاط خيار الرؤية قبل رؤية المعقود عليه.
3. أن يكون الحق إما خالصاً للمسقط كحقه في الشفعة، والإبراء عن الدين الثابت، أو يكون حقه غالباً كحق القصاص، فإن لم يكن كذلك فلا يصح إسقاطه، كالحق في فسخ العقد الفاسد إذ لايصح إسقاطه، لأنه حق خالص للشرع، و كذلك حد القذف فهو وإن كان للعبد حقٌ فيه إلا أن حق الشرع فيه غالب.
4. أن لا يترتب على إسقاطه تغيير وضع شرعي، فإن ترتب عليه تغيير فلا يصح، ومثال ذلك إسقاط الوكيل بالبيع حقه في المطالبة بالثمن فإنه لا يسقط بالإسقاط، لأن الموكل لا يملك شرعاً هذه المطالبة، لأن الشرع جعل حقوقَ العقد عائدةً أصالةً للوكيل، فيصبح الثمن بلا مطالب.
5. أن لا يكون متعلقاً بتملك عين، لأن ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط[136]، وإنما تقبل النقل من مالك إلى مالك.

4) المادة 228- التابع تابع ولا يفرد بالحكم[137].

هذه المادة في الأصل عبارة عن قاعدتين فقهيتين هما:**(التابع تابع)**[138] و **(التابع لايفرد بالحكم)**[139]

و القاعدة الأولى تعني أن ما كان تابعاً لغيره في الوجود كان تابعاً له في الحكم[140]، وقد اعترض على صياغة القاعدة بأن الحمل في هذه القاعدة غير مفيد إذ لايقال القائم قائم، فأجاب عن ذلك الحموي وفسر كلمة التابع الثانية بقوله (أي غير منفك عن متبوعه)، وذلك ليسقط ما قيل بأن هذا الحمل غير مفيد.[141]

والتابع يختلف باختلاف الأشياء وطبائعها، لذلك اشترط العلماء في هذا التابع[142]:

أ. أن يكون جزءا مما يضره التبعيض كالجلد من الحيوان.

ب. أو يكون كالجزء من الشيء وذلك كالجنين وكالفص للخاتم، فلو أقر بخاتم دخل فصه.

ج. أو كان وصفا فيه كالشجر والبناء القائمين في الأرض.

د. أو كان من ضرورات الشيء كالطريق للدار والمفتاح للقفل والجفن والحمائل للسيف، فلو أقر بسيف دخل جفنه وحمائله.[143]

أما القاعدة الثانية، وهي **(التابع لا يفرد بالحكم)، وهي تعني:**

أن التابع لغيره في الوجود لا يصح إفراده بحكم مستقل خارج عن حكم متبوعه، لأنه عند وجوده يثبت له حكم متبوعه فلا يمكن أن ينفرد بالحكم[144].

أضاف الزرقا إلى القاعدة (ما لم يصر مقصوداً)، أما إذا صار التابع مقصودا فإنه يفرد بالحكم وذلك كزوائد المغصوب المنفصلة المتولدة فإنها أمانة في يد الغاصب غير مضمونة عليه إلا بالتعدي عليها أو منعها بعد الطلب فإنه يضمنها حينئذ لأنها صارت مقصودة.[145]

يقول الأستاذ مصطفى الزرقا إن (هذه القاعدة مضطربة التطبيق والفروع، لأن صيغتها فيما يظهر أعم من موضوعها، ولذا يذكر لها الشراح مستثنيات كثيرة، فالمراد بها فيما أعتقد أن التابع الذي هو من قبيل الجزء أو كالجزء من غيره لا يصلح أن يكون محلاً في العقود أي معقوداً عليه)[146] وذلك كبيع عضو من حيوان مازال حياً أو بيع الجنين في بطن أمه أو اللبن في الضرع.

أما ما عدا فالتابع يمكن أن يفرد بالحكم فيجوز بيع المفتاح دون قفـله والرسن دون الدابـة، ولو ضرب امرأة حامل فأسقطت جنيناً ميتاً يضمن ديته[147]. وبالتالي لا بد من صياغة القاعدة على النحو الآتي: (التابع غير المقصود لا يفرد بالحكم) أو (التابع لا يفرد بالحكم ما لم يكن مقصوداً)

4) المادة 214 الفقرة1- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

ليس المراد بالمقاصد هنا المقاصد المجردة التي بقيت حبيسة نفس صاحبها، مستكنة في ضميره، ولم تظهر إلى حيز الوجود بفعل مادي يدل عليها، وإنما يراد بها المقاصد التي عينتها القرائن اللفظية التي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر، كما في انعقاد الكفالة بلفظ الحوالة، وانعقاد الحوالة بلفظ الكفالة إذا اشترط فيها براءة المديون عن المطالبة أو عدم براءته[148]، وما يشمل المقاصد العرفية المرادة للناس في اصطلاح تخاطبهم فإنها معتبرة في تعيين جهة العقود فقد صرح الفقهاء بأنه يحمل كلام كل إنسان على لغته وعرفه وإن خالفت لغة الشرع وعرفه[149].

وهذا ما بينته المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (يجب الوقوف في تفسير العقد عند الصيغ والعبارات الواردة في العقد واستخلاص معانيها الظاهرة دون الانحراف عن المعنى الظاهر إلى معان أخرى بحجة أنها هي المعاني التي تتمثل فيها الإرادة الباطنة، فالإرادة الباطنة لا شأن لنا

بها، إذ هي ظاهرة نفسية لا تعني المجتمع، والذي يعنيه هو الإرادة الظاهرة التي اطمأن إليها كل من المتعاقدين في تعامله مع الآخر، فهذه ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية وهي التي يتكون منها العقد، من أجل ذلك يقف المفسر عند الصيغ الواردة في العقد ويحللها تحليلاً موضوعياً ليستخلص منها المعاني السائغة، ويعتبر هذه المعاني هي إرادة المتعاقدين)[150].

وبناء على ذلك ؛ فالقاعدة ليست على إطلاقها، لأن المقاصد ليست كلها معتبرة، والمعتبر منها ما دلت عليه الدلائل والقرائن، لذلك لا بد من تقييدها وإعادة صياغتها بما يحقق مقاصدها.

والذي يقيد هذه القاعدة هو قاعدة (**دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه**)[151]، وهي تعني أن الأمور التي يتعذر أو يتعسر الوقوف على حقيقتها يقيم الشارع مقامها ما يدل على وجودها، ويعتبر الظاهر فيها دليلاً على وجود الباطن ويقوم مقامه في إثبات الأحكام وتقرير الحقوق[152].

ولم ينص القانون المدني الأردني على هذه القاعدة على الرغم من أهميتها وانسجامها مع الاتجاه العام الذي ذهب إليه، هذا فضلاً عن كونها أكثر مساساً وأوثق اتصالاً به من كثير من القواعد التي أوردها والتي لا فائدة منها ومن النص عليها، كقاعدة (من استعجل الشيء...) و**المادة** 217- ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكره كله، و**المادة** 234- السؤال معاد في الجواب[153]، وغيرها.

لذلك فإن الشيخ آل كاشف الغطاء يقترح صياغة القاعدة على النحو الآتي: (**العبرة في العقود للمقاصد والمعاني مع الألفاظ والمباني**)[154].

ونحن نقترح صياغتها على النحو الآتي:

العبرة في العقود والتصرفات للمقاصد والمعاني التي دلت عليها الألفاظ والقرائن.

5) المادة 64- درء المضار أولى من كسب المنافع[155].

والمعنى أنه إذا تعارضت المصالح مع المفاسد، وكانت المفاسد تربو على المصالح فالواجب إعدام المفاسد بمنع الفعل حتى وإن أدى ذلك إلى تفويت المصالح، لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أولى من اعتنائه بالمأمورات[156].

وهذه القاعدة ليست على إطلاقها وإنما لها ضوابط و شروط، فالمفسدة التي يكون درؤها أولى من جلب المصلحة هي المفسدة المساوية للمصلحة أو التي تربو عليها[157].

6) المادة 61- الجواز الشرعي ينافي الضمان.

وهذه القاعدة ليست على إطلاقها بل هي مقيدة بأن لايكون هذا الجواز مطلقاً أما إذا كان مقيداً فإنه لا ينافي الضمان، بدليل أن المضطر إلى طعام الغير يكون الأكل واجباً عليه وليس جائزاً ومع ذلك يجب عليه الضمان، وهو ما نص عليه القانون المدني في المادة 63. **الاضطرار لا يبطل حق الغير**[158].

وكذلك استعمال الطريق العام جائز شرعاً ولكنه مقيد بشرط السلامة[159].

لذلك فإن الأستاذ الزرقا يقترح صياغة القاعدة على النحو الآتي (الجواز الشرعي المقيد ينافي الضمان).

هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن هذه القواعد لها كثيرٌ من المستثنيات التي قد تقدح في جواز الاعتماد عليها في الحكم، لأنه من المحتمل أن يكون الأمر المراد تطبيق القاعدة عليه وتخريجه بناء عليها من مستثنيات تلك القاعدة.

المادة 222 - الضرورات تبيح المحظورات[160].

وهذه القاعدة ليست على إطلاقها، بل هي مقيدة بقيود كثيرة[161] منها:

- أن لا تندفع الضرورة إلا بإباحة المحظور، أي أن تتعين الإباحة وسيلة لدفع الضرر الذي أحدثته حالة الضرورة، فإذا اندفعت بغيره فلا إباحة للمحظور، وقد نص على هذا القيد القانون المدني اليمني في المادة(5) والتي جاء فيها:**ما حرم لذاته ولسد الذريعة مباح عند الضرورة،والضرورات تبيح المحظورات التي لا تندفع إلا بها.**
- أن لا يتجاوز المضطر حدود الضرورة، وهو ما يأخذ به القانون المدني الأردني فقد نصت **المادة** 262 على ما يأتي:

من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسؤول، على ألا يجاوز قدر الضرورة وإلا أصبح ملزماً بالضمان بقدر ما جاوزه.

فإباحة المحظور مقيدة بالقدر الذي تندفع به الضرورة، وهو ما نصت عليه القاعدة الفقهية (**الضرورات تقدر بقدرها)،** لذلك أورد القانون المدني العراقي القاعدتين السابقتين معاً في مادة واحدة وهو إجراء حسن، فقد نصت المادة 212 منه على ما يأتي: **الضرورات تبيح المحظورات، ولكن تقدر بقدرها.**

المبحث الثاني

القواعد الفقهية في القانون المدني من حيث الموضوع

ليست القواعد الفقهية الواردة في القانون المدني الأردني على درجة واحدة من حيث تعلقها بالمواضيع التي وردت

فيها، إذ أن بعض هذه القواعد لم يكن لها ارتباط بالمجال أو الموضع الذي وردت فيه، كما أن بعض هذه القواعد لم تكن مرتبة ترتيباً منطقياً أو موضوعياً في سياقها الذي وردت فيه، هذا فضلاً عن التكرار غير المبرر الذي اعترى هذه القواعد، وفي المطالب الثلاثة الآتية توضيح ذلك.

المطلب الأول

إيراد عدد من القواعد التي لا علاقة لها بالموضوع الذي وردت فيه

ومن ذلك القواعد المتعلقة بتفسير العقد، وقد عرف الدكتور عبدالحكيم فودة تفسير العقد بقوله هو: (العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين مستنداً في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به)[162]

فغاية التفسير هو استخلاص النية المشتركة للعاقدين[163].

والمقصود بالغموض هنا هو غموض المعنى وليس غموض اللفظ، إذ قد يكون اللفظ واضحاً والمعنى غامضاً، يقول عبد الحكيم فودة (ليس المقصود غموض اللفظ، بل غموض المعنى، فإذا كان المعنى واضحاً فلا تفسير، والمقصود بالمعنى الواضح ليس هو الوضوح الظاهري، بل الوضوح الحقيقي الذي يعكس الإرادة الحقيقية للطرفين)[164]

أورد القانون المدني الأردني تحت عنوان (تفسير العقد) عدداً من القواعد الفقهية وهي المواد من 214 -238 وهي قواعد مستمدة بشكل خاص من مجلة الأحكام العدلية، بعض هذه القواعد لا علاقة لها بتفسير العقد لا من قريب ولا من بعيد (لذا كان ورودها في القانون المدني الأردني تحت عنوان تفسير العقود من قبيل التزيد الذي لا مبرر له) كما يقول الدكتور أنور سلطان[165].

ومن هذه القواعد ما يأتي:

- **المادة** 222- الضرورات تبيح المحظورات[166].

وهذه القاعدة ليست من قواعد التفسير بل هي قاعدة موضوعية[167]، بدليل أن السيوطي[168]وابن نجيم[169] أدرجاها في قاعدة (**الضرر يزال**) فهي متفرعة عنها.

أي الأشياء الممنوعة تعامل كالأشياء المباحة وقت الضرورة[170]، هذا إذا ثبتت الضرورة بشروطها[171].

وبالتالي فإنه يصعب إدراج هذه القاعدة ضمن قواعد تفسير التصرفات القانونية[172].

- **المادة** 233- التصرف على الرعية منوط بالمصلحة[173].

أي إن نفاذ تصرف الراعي على الرعية ولزومه عليهم شاؤوا أم أبوا معلق ومتوقف على وجود الثمرة والمنفعة ضمن تصرفه.[174]

هذه القاعدة تتعلق بتفسير تصرف السلطان ومن يمثله[175]، فهي تتكلم عن معيار من معايير السلطة العامة في الدولة[176]، وبالتالي فهي بعيدة عن موضوع تفسير العقد.

- **المادة** 235- الغرم بالغنم[177].

الغرم: هو ما يلزم المرء لقاء شيء من مال أو نفس.

والغنم: هو ما يحصل له من مرغوبه من ذلك الشيء[178].

أي نفقات الشيء واجبة على من يعود عليه نفعه، وهذا مبدأ من مبادىء العدل.

والقاعدة كما هو واضح لا علاقة لها بالتفسير.

- **المادة** 236- الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل[179].

الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل، لأن الآمر لا يملك التصرف فيه بنفسه، و لا يستطيع شخصٌ أن يملك غيره من الحقوق أكثر مما يملك، لأن فاقد الشيء لا يعطيه[180].

وإذا كان الأمر باطلاً و تصرف المأمور بناء عليه يكون فعله قد حصل بلا أمر، فيصبح مسؤولاً عن تبعة فعله.

وهي بذلك قاعدة لا علاقة لها بتفسير العقد، بل بعيدة عن موضوع التفسير[181].

- **المادة** 238- من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه عليه مردود.

والمعنى أن كل من أراد إبطال ما أبرمه بنفسه، والرجوع عما التزمه، فلا يقبل رجوعه، ولا يعتد به، لأنه بذلك يكون متناقضاً مع ما أتمه وأبرمه، فلا تسمع دعواه لمناقضتها[182].

فالقاعدة (التي تقررها هذه المادة هي بدورها من قبيل القواعد الموضوعية، أكثر من قبيل كونها من القواعد التفسيرية، ويتضح ذلك من الأمثلة التي تعطى لإيضاح هذه القاعدة، كادعاء أحد طرفي العقد عدم لزومه بدعوى أنه جرى فضولاً، حيث ينبغي العمل بقول مدعي الصحة والنفاذ، لأن ذلك هو الأصل في الإثبات)[183]

- **المادة** 237- من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.

من تعجل الشيء الذي وضع له الشارع سبباً عاماً مطرداً وسعى للحصول عليه قبل وقته أي قبل أوان حلول سببه، ولم ينتظر حلول ذلك السبب الموضوع، بل عدل عنه وقصد تحصيل ذلك الشيء بغير ذلك السبب قبل ذلك الأوان عوقب بحرمانه لأنه افتأت وتجاوز، فيكـون بهذا الاستعجـال قد

أقـدم على تحصيله بسبب محظور فيعاقب بنقيض مقصوده ويحرم من ثمرة عمله التي قصد استعجالها[184].

وهذه المادة (تتناول قاعدة موضوعية لا شأن لها بموضوع تفسير العقد، لأنها تقرر الجزاء على ابتغاء الحقوق قبل توفر أسباب استحقاقها، كقتل الوارث مورثه استعجالاً للميراث فإنه يحرم منه).[185]

المطلب الثاني
عدم مراعاة الترتيب في ذكر القواعد

العلاقة بين القواعد الفقهية خاصة الفرعية منها علاقة عضوية، والارتباط بين كثير منها ارتباط وثيق، إذ أن كثيراً من القواعد تعتبر شروطاً أو قيوداً لغيرها، كما أن البعض الآخر منها متفرع عن غيره من القواعد، وقد أورد القانون المدني الأردني مجموعة من القواعد التي لم تكن مرتبطة مع غيرها، ولم تكن مرتبة ترتيباً علمياً، ومن ذلك:

1) أنه قدم **المادة** 214- 1- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. 2- والأصل في الكلام الحقيقية فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي.

على **المادة** 216- إعمال الكلام أولى من إهماله، لكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل.

والمنطق العلمي والعملي يقتضي العكس، لأن العمل بالحقيقة ووجوب العمل بالمجاز عند تعذرها إنما هو تطبيق لقاعدة إعمال الكلام، لأن إعماله يكون بالحمل على الحقيقة، فإذا تعذرت حمل على المجاز، فإذا تعذر هذا أو ذاك أهمل الكلام، يقول مصطفى الزرقا: (إن هذه القواعد الأربع هي حلقات من سلسلة موضوع واحد ترسم بمجموعها، وبهذا الترتيب الذي أوردناه به الآن، الدستور الأصولي في فهم النصوص، والطريقة العملية الصحيحة في تفسيرها وكيفية العمل بها)[186].

وهذا ما وقعت فيه مجلة الأحكام العدلية، حيث أوردت قاعدة (**الأصل في الكلام الحقيقة**) في المادة (12)، وقاعدة (**إعمال الكلام أولى من إهماله**) في المادة (60)، وقاعدة (**إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز**) في المادة (61)، وقاعدة(**إذا تعذر إعمال الكلام يهمل**) في المادة (62).

وقواعد التفسير يمكن ترتيبها منطقياً وعملياً على النحو الأتي:

المادة 214- 1- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

ومن الأفضل إفراد قاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) بمادة مستقلة، و نقلها إلى الباب التمهيدي، لأنها أليق بذلك.

المادة 216- إعمال الكلام أولى من إهماله، وإذا تعذر إعمال الكلام يهمل. 2- والأصل في الكلام الحقيقية، فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي.

2) إن المادة 222- (**الضرورات تبيح المحظورات**) جاءت بعد المادة (63) **الاضطرار لا يبطل حق الغير**.

والترتيب المنطقي والعملي لهذه القواعد هو أن يكون إيراد المادة 222 قبل المادة 63، لأنها كالقيد لها[187]، ولا يعقل أن يتقدم القيد على المقيد.

المطلب الثالث
التكرار اللفظي أو المعنوي في بعض القواعد الفقهية

سار القانون المدني الأردني على نهج القانون المدني العراقي[188]، فأورد مجموعة من القواعد الفقهية التي لا تخلو من التكرار[189]، ليسترشد بها القاضي في تفسير العقد، عندما يكون هناك حاجة للتفسير، ومن ذلك ما يأتي:

1) التكرار بين **المادة** 220- 1- العادة محكمة عامةً كانت أو خاصةً.

والمواد: 224- المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. و225- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم. والمادة 223- الممتنع عادة كالممتنع حقيقة. والمادة 226- التعيين بالعرف كالتعيين بالنص[190].

هذه القواعد مختلفة في ألفاظها ولكنها متحدة في معانيها ومدلولاتها، يمكن الاستغناء عنها بقاعدة (العادة محكمة)، لما يأتي:

- لأن العادة في هذه المادة -هي العرف- تتناول بعمومها العرف بنوعيه العام والخاص.
- لأن العرفين العام و الخاص داخلان في قوله (عامةً أو خاصةً).
- كما أن المادتين 224 و225 هما بمعنى واحد سوى أن الأولى في مطلق عرف والثانية خاصة في عرف التجار[191]، وهذا ما حدا بقانون المعاملات الإماراتي إلى الاكتفاء بالنص على قاعدة واحدة منهما وهي قاعدة (**المعروف بين التجار كالمشروط بينهم**)[192]، ولم ينص على قاعدة (**المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً**) أما المشروع الموحد فقد فعل العكس.
- إن العرف الخاص ليس مقتصراً على التجار، بل إن لكل طائفة من الناس عرفاً خاصاً بهم، وبالتالي لا بد من

صياغة قاعدة العرف الخاص صياغة تجعلها منطبقة على كل الطوائف، ومتناولة لكل المهن، و يمكن صياغتها على النحو الآتي: (**المعروف بين كل قوم كالمشروط بينهم**).

2) **المادة** 220- 1- العادة محكمة عامةً كانت أو خاصةً.

2- وتعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت، والعبرة للغالب الشائع لا للنادر.

3- تترك الحقيقة بدلالة العادة.

أورد القانون في هذه المادة أربع قواعد فقهية هي:

1. العادة محكمة.

أي أن العرف يجعل حكماً بين الناس في الأمور التي لم يرد بها نص، ولم يتفق الأطراف على تحديدها.

2. إنما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت

العادة هنا هي العرف.

والاطراد: هو الاستمرارية وعدم التخلف، في جميع الحوادث[193].

والغلبة: هو حصوله في أكثر الوقائع.

الفرق **بين المطرد** والغالب أن المطرد لا يتخلف، بخلاف الغالب فإنه متخلف في الأقل، وإن كان مطرداً في الأكثر[194].

ومعنى القاعدة أن العادة التي تعتبر يجب أن تكون مطردة، فإن تخلفت فيجب أن يكون التخلف قليلاً أو نادراً[195].

وهذا شرط من شروط اعتبار العرف، وهي أن تكون مطردة أو غالبة، أما إذا كانت مساوية أو نادرة فلا تعتبر[196]، يقول السيوطي: (إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا)[197].

ويرى آل كاشف أن (هذه المادة ساقطة من أصلها فإن العادة إذا لم تطرد فلا يصدق عليها أسم العادة)[198].

3. العبرة للغالب الشائع لا للنادر.

إي أن المعتبر في بناء الأحكام الشرعية على العرف هو النظر إلى الأحوال الشائعة الغالبة الوقوع، ولا ينظر فيها إلى الأحوال النادرة الوقوع، فالحكم لا يبنى على الحالة النادرة، لأن النادر والمغلوب تابع للغالب[199].

فإذا بني حكم على أمر غالب فإنه يبنى عاماً ولا يؤثر على عمومه واطراده تخلفه في بعض الأفراد أو الأوقات.[200]

4. الممتنع عادة كالممتنع حقيقة[201]

الممتنع عادة: هو الممكن في ذاته وبالنظر إلى قدرة المكلف لكن في العادة لا يصدر من المكلف[202].

الممتنع حقيقة: هو الذي يستحيل وقوعه[203].

والمعنى أن الممتنع حقيقة لا تسمع الدعوى به، ولا تقام البينة عليه، كذلك الممتنع بحكم العادة

ومثال ذلك دعوى الشخص المعروف بالفقر على آخر أموالاً جسيمة لم يعهد عنه أنه أصاب مثلها بإرث أو بغيره[204].

وقد بينا سابقاً أن هذه القواعد بمعنى واحد، كما أن القاعدتين الثانية والثالثة متعلقة بشروط العرف تطبيق العرف وهذه القواعد كلها يمكن الاستغناء عنها بالفقرة (3) من المادة (2) والتي اعتبرت العرف من المصادر الرسمية التي يرجع إليه حيث لا نص، فقد نصت المادة (2) على ما يأتي:

1- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها، ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص.

2- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

3- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً ثابتاً ومطرداً ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب. أما إذا كان العرف خاصاً ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد.

4- ويسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر.

وقد ذهبت المذكرة الإيضاحية في المادة إلى أن (الإحالة إلى الأحكام الفقهية ومبادئ الشريعة الإسلامية تتضمن الإحالة إلى العرف)[205]. هذا فضلاً عن أن العمل بالعرف من باب الدلالة، وبالتالي تدخل فيه قاعدة **لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح**[206] التي نص عليها القانون المدني الأردني في المادة 215**.**

الدلالة: هي كون الشيء بحال يلزم من العلم به العلم بشيء آخر[207].

والمراد بها في هذه القاعدة غير اللفظ من حال أو عرف أو إشارة أو غير ذلك[208].

والتصريح: هو التنصيص علي الشيء والإفصاح بذكره[209]، نطقاً أو كتابة.

ومعنى القاعدة أنه (إذا تعارض المفهوم صراحة مع المفهوم ضمناً قدم الأول على الثاني، لأن الدلالة المادية في التصريح أبلغ)[210]

إنما يعتبر التصريح ويقدم على الدلالة إذا لم يجئ بعد أن تعمل الدلالة عملها أما إذا جاء بعد أن عملت الدلالة عملها

تعتبر الدلالة دون التصريح[211].

3) التكرار بين القواعد المتعلقة بالاستصحاب

ومن ذلك المادة (4) ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على ما ينافيه. والمادة 75- 1- الأصل بقاء ما كان على ما كان، كما أن الأصل في الأمور العارضة العدم.

2 – وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه.

وهذه القواعد كلها هي بمعنى القاعدة التي نصت عليها المادة 74- اليقين لا يزول بالشك.

يقول آل كاشف الغطاء في تعليقه على هذه القواعد الواردة في المجلة (والقصارى إن المتن ذكر سبع مواد وكلها ترجع إلى قاعدة واحدة، كان يجب الاكتفاء بها عن الجميع، ولو لم تستند تلك المواد إلى الاستصحاب المدلول على حجيته في علم الأصول بالعقل والنقل لم يكن وجه للاستناد إليها والاعتماد عليها فذكر الاستصحاب يغني عن ذكرها).[212]

4) التكرار بين **المادة** (175**)** والتي تنص على ما يأتي:

1. إذا أجيز التصرف الموقوف نفذ مستنداً إلى وقت صدوره، واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

2. وإذا رفضت الإجازة بطل التصرف.

العبارة الثانية الواردة في الفقرة الأولى نص قاعدة فقهية هي (**الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة**[213]**)**.

الإجازة: هي إنفاذ التصرف الموقوف.

الوكالة: هي إقامة الغير مقام النفس في تصرف جائز معلوم[214].

وعرفها القانون المدني الأردني في المادة 833- الوكالة عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم.

والمعنى أن الإذن الذي يلحق بالتصرف بعد حصوله يكون كالوكالة السابقة حكماً وأثراً، فكما أن التصرف المستند إلى وكالة يكون صحيحاً ونافذاً، كذلك التصرف المجاز من قبل صاحب الشأن، وتكون هذه الإجازة مستندة إلى تاريخ انعقاده لا إلى تاريخ إجازته.

وهذا ما نصت عليه **المادة** 175- 1- إذا أجيز التصرف الموقوف نفذ مستنداً إلى وقت صدوره واعتبرت **الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.**

الفقرة الثانية من هذه المادة فيها إطالة لا مبرر لها، لأنها جمعت بين العلة والمعلول بلا فائدة، وكان بالإمكان الاستغناء عن احداهما بالأخرى دون أن يختل المعنى المقصود، هذا من جانب ومن جانب آخر هناك تكرار بين هذه المادة وبين المادة (839) والتي تنص على ما يأتي:

تعتبر الإجازة اللاحقة للتصرف في حكم الوكالة السابقة[215].

ولا فرق بين القاعدتين، وبالتالي كان يمكن الاستغناء عن المادة(839)، والاكتفاء بالمادة (175).

5) الفقرة الأولى من المادة (214) والتي تنص على ما يأتي: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

أي أن قصد الإنسان ونيته هو المعتبر في جانب العقود، وليس الأمر مقتصراً على العقود ولكن يشمل كافة التصرفات التي يقوم بها الإنسان فيشمل الإرادة المنفردة، والتصرفات الفعلية، وتعبير القاعدة بلفظ العقود جرى مجرى الغالب.

وهي مستمدة من المادة (3) من مجلة الأحكام العدلية، ومضمون الفقرة الثانية من المادة (239) والتي تنص على ما يأتي:

1- إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

2- أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات.

فالبحث عن النية المشتركة للعاقدين هو بحث عن المقاصد والنيات، التي توجهت إليها إرادة العاقدين، وهذه المادة مستمدة من الفقرة الثانية من المادة (150) القانون المدني المصري، وقد تسلل هذا التكرار إلى القانون الإماراتي، كما تسلل أيضاً إلى القانون السوداني (المادة 96، والمادة 101 الفقرة 2)، ومشروع قانون المعاملات المالية الموحد(المادة 2، والمادة 251 الفقرة2)[216].

6) المادة (79) الكتابة والشهادة والقرائن القاطعة والمعاينة والخبرة حجة متعدية **والإقرار حجة قاصرة على المقر.**

هناك تكرار بين القاعدة الفقهية الواردة في هذه المادة، وبين **المادة** (51) من قانون البينات لسنة 1952 والتي تنص على ما يأتي: **الإقرار حجة قاصرة على المقر**.

الخاتمــة

بعد الانتهاء من دراسة القواعد الفقهية الواردة في القانون المدني الأردني، أسجل أهم النتائج التي توصلت إليها وهي

1. استفاد القانون المدني الأردني من القواعد الفقهية خاصة تلك القواعد الواردة في مجلة الأحكام العدلية، حيث نص

على بعضها كما وردت في الفقه الإسلامي، وتصرف في البعض الآخر.

2. كان القانون المدني الأردني موفقاً في النص على بعض هذه القواعد صياغة وموضوعاً وموضعاً، ولكنه لم يكن كذلك في العديد من هذه القواعد، إذ ان بعضاً من هذه القواعد لا ينسجم مع الصياغة القانونية شكلاً ومضموناً، والبعض الآخر لا فائدة من ذكره، وبالتالي كان من المهم الاستغناء عن هذه القواعد واستبعادها.

3. أسرف القانون المدني الأردني في إيراد هذه القواعد محاكاة لمجلة الأحكام العدلية، وغاب عنه أن مجلة الأحكام العدلية منعت القضاء بناء على هذه القواعد، نظراً لكثرة مستثنياتها، ولافتقارها إلى الشروط والقيود والضوابط.

4. هناك قاعدة أغفلها القانون المدني الأردني وهي (قاعدة دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه) وهي تعتبر من أهم القواعد التي تنسجم مع الاتجاه العام الذي ذهب إليه القانون، كما أن النص عليها يغني عن كثير من القواعد الفقهية الواردة في موضوعها، مع العلم أن المذكرات الإيضاحية للقانون قد ذكرتها، وكان من الأولى النص عليها في القانون وليس في مذكراته الإيضاحية، كما نص عليها مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد في المادة (70).

وأخيراً لا بد من إعادة النظر في هذه القواعد، باستبعاد ما لا يصلح وإعادة صياغة الضروري منها صياغة جديدة تتلاءم مع الصياغة القانونية وتنسجم مع هدفها وغايتها.

والحمد رب العالمين،،

الهوامش

(1) المجلد 24 العدد 2 علوم الشريعة والقانون.

(2) العددان 178-179.

(3) القرافي، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول، ط2، ص447.

(4) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص23.

(5) الروكي، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ط1، ص164.

(6) وهو ما نصت عليه المادة (2) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها: لا يجوز الغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع، والمادة (4) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(7) الصدة، أصول القانون، 208.

(8) الأنصاري، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، مطبوع على هامش المستصفى، ج2، ص189 وما بعدها.

(9) المادة (42) من القانون المدني البحريني، والمادة (9) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد.

(10) شريف، نظرية تفسير النصوص المدنية دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي، ص106.

(11) الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني، والقانون المدني العراقي، والقانون المدني اليمني في الإلتزامات والحقوق الشخصية، ط1، ج1، ص181.

(12) الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني، ج1، ص183.

(13) نص عليها القانون المدني اليمني في المادة (7) والتي جاء فيها: لا ينسب لساكت قول إلا ما استثني بنص شرعي.

(14) المادة (9) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (5) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد.

(15) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص53.

(16) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص62.

(17) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط10، ج2، ص970، الفقرة 577.

(18) الزرقا، المدخل الفقهي العام ج2، ص970، الفقرة 577.

(19) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص26، الروكي، محمد، نظرية التقعيد الفقهي، ط1، ص161.

(20) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص89، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص93.

(21) السرخسي، المبسوط، ج11، ص24، المادة 78 من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (73) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد.

(22) الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ط1، ص26.

(23) يقول ابن القيم، "إن البينة في الشرع اسم لما يبين الحق ويظهره"، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، راجعه بهيج غزاوي، دار إحياء العلوم، ص32.

(24) المادة (91) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (59) من مشروع المعاملات المالية العربي الموحد، والمادة (106) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(25) وهي نص المادة (6) من القانون المدني العراقي.

(26) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص381.

(27) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص381.

(28) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ط2، ج5، ص523، المادة (91) من مجلة الأحكام العدلية، المادة (59) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد.

(29) وهو ما نصت عليه القانون المدني اليمني في المادة(11)

والتي جاء فيها: الأصل الظاهر (العدم) فمن تمسك به فالقول قوله،ومن ادعى خلافه فالبينة عليه، والأصل بقاء ما كان حتى يثبت غيره، والأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على تحريمها،وما حرم أخذه حرم اعطاؤه، والأصل براءة الذمة حتى يثبت غيرها.

(30) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج3، ص190، الفقرة123.

(31) السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1، ص53، المادة (8) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة(6) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد.

(32) ابن الهمام، فتح القدير شرح الهداية، ط2، ج6، ص354، المادة (51) مجلة الأحكام العدلية.

(33) وهي نص المادة (314) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، والمادة 287 من المشروع الموحد.

(34) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج8، ص345، المادة (94) مجلة الأحكام العدلية، والمادة (69) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد.

(35) يقول الإمام الشافعي في هذا الأمر "العجماء جرحها جبار، جملة من الكلام العام المخرج الذي يراد به الخاص" الشافعي، محمد بن إدريس، اختلاف الحديث، مطبوع مع الأم، دار الفكر، بيروت، ط2، 1983م، ج8، ص677.

(36) هناك خلاف بين الفقهاء في مسؤولية صاحب الحيوان عما يحدثه حيوانه من تلف، أنظر هذا الخلاف في المراجع الآتية أحمد، سليمان محمد،ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي،مطبعةالسعادة، ط1، ص463 وما بعدها، الزحيلي، نظرية الضمان، ص258 وما بعدها.

(37) الجرجاني، التعريفات، ط1، ص79.

(38) النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ج11، ص225.

(39) العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ط3، ج12، ص266.

(40) الخطابي، معالم السنن، ط 2، ج4، ص40.

(41) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص389.

(42) الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، ص46.

(43) رواه البخاري في كتاب الديات، باب المعدن جبار، والبئر جبار، حديث رقم 6912، ورواه مسلم في كتاب الحدود باب الحدود كفارات لأهلها حديث رقم 1710.

(44) وهي نص المادة (2) من القانون المدني العراقي.

(45) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص97.

(46) المادة (19) من مجلة الأحكام العدلية.

(47) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص85، المادة (20) من مجلة الأحكام العدلية.

(48) رواه ابن ماجة في كتاب الأحكام باب (من بنى في حقه ما يضر بجاره) حديث رقم 2341، والإمام مالك في كتاب الأقضية باب (القضاء في المرافق) حديث رقم 2184، وأخرجه الحاكم في كتاب البيوع، وقال عنه (هذا صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه) المستدرك على الصحيحين، دار الباز للنشر والتوزيع، مكة المكرمة،ج2، ص57.

(49) ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ص454.

(50) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص114.

(51) تنص القاعدة الفقهية على أن (التأسيس أولى من التأكيد)، والتأسيس: هو اللفظ الذي يفيد معنى لم يفده اللفظ السابق له. والتأكيد: هو اللفظ الذي يقصد به تقرير وتقوية معنى لفظ سابق له. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص 59.

(52) ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ص456.

(53) القاضي، شرح المجلة، ط1، ج1، ص80.

(54) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص113.

(55) رستم باز، شرح المجلة، ط3، ص29.

(56) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص83، المادة (20) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (16) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد.

(57) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص125.

(58) هذا التعريف للعلامة علي الخفيف، ولكنا استبدلنا الشخص بالإنسان، ليشمل التعريف الشخص الاعتباري، أنظر الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، 1971م، ص46.

(59) القاضي، شرح المجلة، مطبعة العاني، ط1، ج1، ص79.

(60) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص125.

(61) الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط1، ص288.

(62) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص978، الفقرة 586.

(63) الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، ط1، ص94.

(64) الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، ص95.

(65) المادة (26) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (19) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد.

(66) المادة (27) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (18) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد.

(67) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص40.

(68) المادة (29) من المجلة الأحكام العدلية.

(69) رستم باز، شرح المجلة، ص31.

(70) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص57، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص56.

(71) المادة (4) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (3) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد، والمادة(35) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ونص عليها القانون المدني اليمني في المادة(9) على النحو الآتي: اليقين لا يزال بالشك فما ثبت بيقين لا يرتفع الا

بيقين.

(72) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص35.

(73) الحموي، غمزعيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، ط1، ج1، ص204.

(74) رواه مسلم في كتاب الحيض، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث حديث رقم 540.

(75) وهو ما نصت عليه المادة (9)من القانون المدني اليمني والتي جاء فيها: اليقين لا يزال بالشك فما ثبت بيقين لا يرتفع الا بيقين.

(76) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص57.

(77) المادة (5) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (4) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد، والمادة (36) من قانون المعاملات المالية الإماراتي.

(78) المادة (9) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (5) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد، والمادة (38) من قانون المعاملات المالية الإماراتي.

(79) المادة (10) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (13) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد، والمادة (39) من قانون المعاملات المالية الإماراتي.

(80) رستم باز، شرح المجلة، ط3، ص21.

(81) المادة (9) من مجلة الأحكام العدلية.

(82) وهي نص المادة (258) من قانون المعاملات المدنية (رقم: 5 / 1985).

(83) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص63، المادة (12) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (33) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد.

(84) الأسنوي التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، ط 1.

(85) القاضي، شرح المجلة، ط1، ج1، ص69.

(86) المادة (61) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة(34) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد.

(87) السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، ط1، ج، 1ص273.

(88) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص255.

(89) رستم باز، شرح المجلة، ط3، ص25.

(90) وهو ما نصت علية إيضاً المادة (258) من القانون الإماراتي.

(91) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص1004 الفقرة 617.

(92) ويسميه الحنفية بالمخصوص بالذكر، الجصاص، الفصول في الأصول، ط1، ج1، ص154.

(93) الشوكاني، إرشاد الفحول، ص303.

(94) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص89. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المادة (36) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (27) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد.

(95) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص94، المادة (41) من مجلة الأحكام العدلية.،

(96) المادة (42) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (49) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(97) ابن الهمام، فتح القدير، ج8، ص327، المادة (40) من مجلة الأحكام العدلية.

(98) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص840 الفقرة 483.

(99) انظر على سبيل المثال القانون المدني الأردني المواد الآتية:61،164، وقانون الأحوال الشخصية الأردني المادة 55.

(100) فودة، تفسير العقد في القانون المصري المقارن، ص251.

(101) رستم باز، شرح المجلة، ص29، الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص1000 الفقرة 607.

(102) سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، ط1، هامش ص 244.

(103) وهي نص لمادة (260) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي (رقم: 5 / 1985).

(104) وهو ما نصت عليه المادة (8) من القانون المدني اليمني، والتي جاء فيها: يجب إعمال الكلام في مقاصده.

(105) فودة، تفسير العقد في القانون المصري المقارن، ص233.

(106) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص257.

(107) الزركشي، المنثور في القواعد، ج1، ص183، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص89، المادة (60) المجلة، المادة (37) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد.

(108) المادة (60) من المجلة، المادة (37) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد.

(109) الخادمي، مجامع الحقائق مع شرحه منافع الدقائق لمصطفى كوزل حصاري، ص311.

(110) إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، ط1، ص7.

(111) صبرة، أصول الصياغة القانونية، ص249.

(112) انظر التقرير الذي تقدم للمرحوم عالي باشا الصدر الأعظم، فيما يتعلق بالمجلة، في غرة محرم سنة 1286، وهو مرفق في مقدمة المجلة، حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1ص10..

(113) انظر في ذلك بحثاً قيماً للكيلاني بعنوان، حجية القاعدة الفقهية، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الربع عشر، العدد الأول، ص79 وما بعدها.

(114) المادة (99) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (77) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد، والمادة (69) من قانون المعاملات المالية الإماراتي.

(115) أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص403.

(116) هذه التطبيقات هي:

- إذا خللت الخمر بطرح شيء فيها لم تطهر، قال عنه السيوطي (ليست العلة في الاستعجال على الأصح، بل تنجس الملاقي له ثم عوده عليه بالتنجيس).

- حرمان القاتل من الميراث، وهذا ثابت بالنص، وليس تخريجاً على القاعدة.
- إن المكاتب إذا كانت له القدرة على الأداء، فأخره ليدوم له النظر إلى سيدته لم يجز له ذلك، لأنه منع واجباً عليه ليبقى له ما يحرم عليه إذا أداه، وقال عنه السيوطي أنه ليس من الاستعجال في شيء.

(117) يقول السيوطي، (إذا تأملت ما أوردناه علمت أن الصور الخارجة عن القاعدة أكثر من الداخلة فيها، بل في الحقيقة لم يدخل فيها غير حرمان القاتل الإرث) الأشباه والنظائر ص153.

(118) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص183.

(119) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص154.

(120) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص163.

(121) الحموي، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، ج1، ص196.

(122) الحموي، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، ج1، ص196.

(123) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص379.

(124) الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، ص84.

(125) ذكر ابن رجب بعضاً من هذه المستثنيات، فقد ذكر في القاعدة السابعة والعشرين بعد المائة ما نصه: (إذا استند إتلاف أموال الآدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون التسبب، إلا إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، سواء كانت ملجئة، ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان) عبدالرحمن بن شهاب الدين، القواعد في الفقه الإسلامي، ص274.

(126) الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، ص93.

(127) ومثاله لو قتل الحاكم شخصاً حداً أو قصاصاً بشهادةٍ، ثم أقر الشهود أنهم تعمدوا الكذب، فالضمان هنا على المتسبب، وهم الشهود لا على المباشر وهو الحاكم.

(128) ومثاله من وضع سماً في طعام أو شراب مباح كماء السبيل، فأكله من لا يعلم بحاله أو أطعمه غيره، كان الضمان على الواضع، لسوء قصده، لا على المباشر وهو الآكل أو المطعم.

(129) ومثال ذلك ما لو أمر شخص غيره أن يذبح له هذه الشاة وكانت لغيره، ولم يكن المأمور عالماً بذلك فذبحها، فالضمان على المتسبب وهو الآمر، لا على المباشر لاغتراره.

(130) ومثال ذلك ما لو دل الوديع السارق على الوديعة فسرقها، فالسارق مباشر، والوديع متسبب، فالضمان يكون على الوديع لإخلاله بالحفظ.

(131) ومثال ذلك ما لو اصطدم كبير وصغير راكبان فمات الصغير، ضمنه الكبير، وإن مات الكبير ضمنه من أركب الصغير.

(132) كما لو كان المباشر عديماً لا يقدر على تضمينه.

(133) المادة (51) من مجلة الأحكام العدلية.

(134) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص209.

(135) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص209 وما بعدها.

(136) أجاز القانون المدني الأردني إسقاط الأموال المنقولة، فقد نصت المادة (1077) على ما يأتي:

1. يصبح المنقول بغير مالك إذا تخلى عنه مالكه بقصد التخلي عن ملكيته.

2. وتعتبر الحيوانات غير الأليفة بغير مالك ما دامت طليقة، وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى مكانه المخصص ثم فقد هذه العادة صار بغير مالك.

(137) والمادة (45) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد، والمادة (53) من قانون المعاملات المالية الإماراتي.

(138) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص120، المادة (47) من مجلة الأحكام العدلية

(139) وقد أوردها الزركشي بصيغة (التابع لا يفرد)، المنثور في القواعد، ج1، ص234. والمجلة في المادة (48) بصيغة (التابع لا يقرر بالحكم)

(140) رستم باز، شرح المجلة، ص39.

(141) الحموي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، ج1، ص361.

(142) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص197.

(143) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص197.

(144) القاضي، شرح المجلة، ج1، ص111.

(145) أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص201.

(146) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج، 2ص1019 الفقرة636.

(147) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص1019 الفقرة 637.

(148) تنص المادة (958) من القانون المدني الأردني على ما يأتي: الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة.

(149) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص13.

(150) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج1، ص244.

(151) البابرتي، العناية شرح الهداية، ط2، ج1، ص391، المادة (68) من المجلة، المادة (70) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد.

(152) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص68.

(153) المادة (66) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (59) من قانون المعاملات المالية الإماراتي ولم ينص المشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد على هذه المادة.

(154) آل كاشف الغطاء، تحرير المجلة، شرح المادة (3).

(155) المادة (30) من المجلة، المادة (20) من مشروع قانون

المعاملات المالية العربي الموحد، ولكنه استبدل المفاسد بالمضار، وهو ما فعله قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة (43).

(156) السيوطي، الأشباه والنظائر ص87.

(157) ابن عبدالسلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1، ص98.

(158) المادة (33) من المجلة، المادة (26) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد، والمادة (45) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(159) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص1032 الفقرة 648.

(160) الزركشي،المنثور في القواعد، ج2، ص317،المادة (21) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (23) من مشروع المعاملات المالية العربي الموحد، والمادة (43) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(161) محمصاني، فلسفة التشريع في الإسلام، ط4، ص305.

(162) فودة، تفسير العقد في القانون المصري المقارن، ص11.

(163) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6، ص7.

(164) فودة، تفسير العقد في القانون المصري المقارن، ص12.

(165) سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، ص199

(166) الزركشي، المنثور في القواعد، ج2، ص317.

(167) الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، ط1، ج3، ص232.

(168) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص89.

(169) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص85.

(170) الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ط4، ص219.

(171) الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ص68.

(172) سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص201.

(173) الزركشي، المنثور في القواعد، ج1، ص309، وقد نص القانون المدني اليمني رقم 42 لعام 2002 على هذه القاعدة في الباب الأول تحت عنوان القواعد الأصولية والعامة والكلية في تطبيق القانون، وأوردها في المادة (15) بالصياغة الآتية: تصرف الدولة منوط بالمصلحة، والولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.

(174) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص247.

(175) الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، ط1، ج3، ص236.

(176) سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص203.

(177) المادة (87) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (61) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد، والمادة (67) من قانون المعاملات المالية الإماراتي.

(178) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص369.

(179) المادة (95) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (63) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد، والمادة (68) من قانون المعاملات المالية الإماراتي.

(180) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2ص1039 الفقرة 654.

(181) سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص204.

(182) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص407.

(183) سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص204.

(184) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص403

(185) سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ص204.

(186) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص6248، الفقرة 569.

(187) الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ص259.

(188) خصص القانون المدني العراقي المواد (155- 167) لتفسير العقد.

(189) طه، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ص347.

(190) المادة (45) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (29) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد، والمادة (51) من قانون المعاملات المالية الإماراتي.

(191) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص185.

(192) قانون المعاملات المدنية (رقم: 5 / 1985) المادة (264).

(193) عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص190.

(194) الموسوعة الفقهية الكويتية.

(195) السيد، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص190.

(196) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص179.

(197) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص92.

(198) آل كاشف الغطاء، تحرير المجلة، شرح المادة (41).

(199) القاضي، شرح المجلة، ج1، ص104.

(200) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص181.

(201) المادة (38) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (12) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد، والمادة (48) من قانون المعاملات المالية الإماراتي.

(202) الأنصاري، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، ج1، ص123.

(203) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص977، الفقرة 585.

(204) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص171.

(205) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ط2، ج1، ص36.

(206) وهي نص المادة (259) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي (رقم: 5 / 1985).

(207) الجرجاني، التعريفات، ص104.

(208) محمصاني، فلسفة التشريع في الإسلام، ص319.

(209) ابن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص212.

(210) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6، ص34.
(211) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص94.
(212) آل كاشف الغطاء، تحرير المجلة، شرح المواد(4، 5، 6).
(213) الكرخي، أصول الكرخي، شرح النسفي، ص83.
(214) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج5، ص510.
(215) وهو ما نصت عليه المادة (909) من القانون المدني اليمني والتي جاء فيها: الإجازة اللاحقة لتصرف سابق في حكم الوكالة السابقة.
(216) سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، هامش ص26.

المصادر والمراجع

ابن العربي، محمد عبد ا ت(543هـ)، أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ.
ابن القيم، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، راجعه بهيج غزاوي، دار إحياء العلوم، بيروت، بدون تاريخ.
ابن الهمام، كمان الدين بن عبد الواحد، فتح القدير شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ط2، بدون تاريخ.
ابن رجب، عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد، جامع العلوم والحكم، تحقيق محمد عبد الرزاق الرعود، دار الفرقان، عمان.
ابن عابدين، محمد أمين، رج المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1966.
ابن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز السلمي (660هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ.
ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الفائق، دار الكتاب الإسلامي، بيروت.
ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1985.
أحمد، سليمان محمد، 1985، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، مطبعة السعادة.
إسماعيل، محمد بكر، 1997م، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار، ط1.
آل كاشف الغطاء، محمد الحسين، 1359هـ، تحرير المجلة، المكتبة المرتضوية ومطبعتها الحيدرية، النجف الأشرف، العراق.
الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن، التمهيج في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق محمد حسن هيتو، 1400هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1.
الأنصاري، عبد العلي محمد بن نظام الدين، فواتح الرحموت بشرع مسلم الثبوت، مطبوع على هامش المستصفى للغزالي، المطبعة الأميرية ببولاق، ط1، 1322هـ.
البابرتي، محمد بن محمود، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ط2، بدون تاريخ.
الجبوري، ياسين، 2002م، المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ط1.
الجرجاني، الشريف علي بن محمد، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1983م.
الجصاص، أحمد بن علي، الفصول في الأصول، ضبط نصوصه وخرج أحاديثه محمد محمد تامر، 2000م، دار الكتب العلمية، ط1.
الحكيم، عبد الحكيم، 1993، الكافي في شرح القانون المدني الأردني، والقانون المدني العراقي، والقانوني المدني اليمني في الإلتزامات والحقوق الشخصية، ط1.
الحموي، أحمد بن محمد، غمزعيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1985.
حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهد الحسيني، منشورات مكتبة النهضة، بغداد.
الخطابي، حمد بن محمد البستي (ت388 هـ)، معالم السنن، المكتبة العلمية، بيروت، ط2، 1981م.
الخفيف، علي، 1971م، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية.
رستم باز، سليم، 1986م، شرح المجلة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3.
الروكي، محمد، 1982م، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، مكتبة دار البيان، دمشق، ط1.
الزحيلي، وهبة، 1985م، نظرية الضرورة الشرعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4.
الزحيلي، وهبة، 1982م، نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، ط1.
الزرقا، مصطفى، 1988م، الفعل والضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، ط1.
الزرقا، مصطفى، 1968م، المدخل الفقهي العام، مطبعة طربين، دمشق، ط10.
الزرقا، أحمد، 1983م، شرح القواعد الفقهية، نسقه وراجعه وصححه عبد الستار أو غدة، دار الغرب الإسلامي.
الزركشي، بدر الدين بن محمد بن بهادر، المنثور في القواعد، نشر وزارة الأوقاف الكويتية.
السبكي، علي بن عبد الكافي، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1984م.
السرخسي، محمد بن أبي الفضل، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ط1986.
سلطان، أنور، 1987م، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، ط1.



السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

سوار، محمد وحيد الدين، 1996م، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1.

السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

شريف، محمد، نظرية تفسير النصوص المدنية دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، بدون تاريخ.

الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول، تحقيق محمد سعيد البدري، مؤسسة الكتب الثقافية، بدون تاريخ.

العسقلاني، أحمد بن علي، فتح الباري بشرع صحيح البخاري، تحقيق محب الدين الخطيب، المكتبة السلفية، القاهرة، ط3، 1407هـ.

صالح، محمد أديب، 1984م، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3.

صبرة، محمود محمد علي، 2003م، أصول الصياغة القانونية، دار الكتب القانونية.

القاضي، منير، 1949م، شرح المجلة، مطبعة العاني، بغداد، ط1.

القرافي، أحمد بن إدريس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، 1993، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط2.

الكرخي، أبو الحسن (ت 340هـ)، أصول الكرخي، شرح النسفي، مطبوع مع تأسيس النظر لأبي زيد الدبوسي، المطبعة الأدبية، مصر.

الكيلاني، عبد الرحمن، 1999م، بعنوان: حجية القاعدة الفقهية، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الرابع عشر، العدد الأول، ص79 وما بعدها.

عوض، السيد صالح، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، بدون تاريخ.

محمصاني، صبحي، 1975، فلسفة التشريع في الإسلام، دارالعلم للملايين، بيروت، ط4.

المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، إعداد المكتب الفني بإدارة المحامي إبراهيم أبو رحمة، ط2، 1985.

النووري، يحيى بن شرف، صحيح مسلم بشرح النووي، دار الفكر، بيروت، 1983هـ.

Jurisprudence Clauses In Jordanian Civil Law
"Comparative Study in The Islamic Jurisprudence"

*Ahmad Y. Al-Qaralah**

ABSTRACT

Jordanian Civil Law Mentions a large number of jurisprudence clauses in different subjects and chapters, indicating some of these clauses, and alter others, therefore this law was criticized and objected because of the difference between the clauses in civil law and the clauses in the jurisprudence law and its contents.

This research studies this subject and its clauses.

Keywords: Islamic Jurisprudence, Jurisprudence Clauses, Civil Law, Jordanian Civil Law.

* Faculty of Islamic Jurisprudence and Law, Al-albayt University, Mafraq, Jordan. Received on 11/3/2008 and Accepted for Publication on 13/10/2008.